

VU Research Portal

Alternatieven voor rechterlijke controle op vormverzuimen

Borgers, M.J.; Kooijmans, T.

published in

Roosachtig strafrecht (liber amicorum Th.A. de Roos)
2013

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., & Kooijmans, T. (2013). Alternatieven voor rechterlijke controle op vormverzuimen. In M. S. Groenhuijsen, T. Kooijmans, & J. W. Ouwerkerk (Eds.), *Roosachtig strafrecht (liber amicorum Th.A. de Roos)* (pp. 17-36). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Matthias Borgers & Tijs Kooijmans

1. Inleiding

Er zijn in Nederland naar onze overtuiging maar weinig strafjuristen te vinden die in zoveel uiteenlopende kringen zo worden gewaardeerd, gerespecteerd en om een deskundige mening worden gevraagd als Theo de Roos. Natuurlijk spelen het goedaardige karakter van Theo en zijn positieve grondhouding – Theo zegt niet vaak ‘nee’ tegen verzoeken – hierin een voorname rol, maar naar het ons voorkomt zijn het toch vooral zijn eruditie, zijn zeer brede vakkennis (die boven het technische domein van het positieve strafrecht uitstijgt) en zijn bruggenbouwende karakter die hem hebben gemaakt tot een vooraanstaande strafrechtswetenschapper, advocaat en rechter. Het wetenschappelijke werk van Theo kenmerkt zich onder meer door het treden buiten gebaande paden. Zo was vóór het verschijnen van zijn proefschrift aan de strafbaarstelling van economische delicten nog nauwelijks systematisch aandacht geschonken.¹ Een vergelijkbare opmerking kan worden gemaakt voor de vraag naar een eventuele rol van lekenrechtspraak in het Nederlandse strafrecht.²

In deze bijdrage willen wij trachten om eveneens buiten gebaande paden te treden en wel aan de hand van een onderwerp dat zowel wetenschappers, advocaten als rechters bezighoudt: de manier waarop vormverzuimen in

■ Hoogleraar straf(proces)recht Vrije Universiteit Amsterdam, respectievelijk hoogleraar straf(proces)recht Tilburg University.

¹ Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.

² Th.A. de Roos, *Is invoering van lekenrechtspraak in de Nederlandse strafrechtspiegeling gewenst?*, Tilburg: Tilburg University 2006.

het voorbereidend onderzoek in strafzaken kunnen worden geredresseerd. De aanleiding voor de keuze van dit thema is tweërlei. In de eerste plaats haakt het aan bij de verschillende beroepsmatige hoedanigheden waarin Theo met dit onderwerp te maken had. Ten tweede hebben wij zelf de voorbije tijd aandacht gevraagd voor de niet altijd even bevredigende wijze waarop in de strafrechtspleging wordt omgesprongen met (geconstateerde) vormverzuimen.³

In deze bijdrage staat de vraag centraal of binnen en buiten de strafrechtspleging mechanismen bestaan of in het leven kunnen worden geroepen om op adequate wijze vormverzuimen te redresseren anders dan door toepassing van artikel 359a Sv. Om die vraag te kunnen beantwoorden, wordt hierna onder ogen gezien welke mogelijkheden het stelsel van de huidige Nederlandse strafrechtspleging daartoe biedt (paragraaf 2). Vervolgens verkennen wij welke niet-strafrechtelijke alternatieven zich (zouden kunnen) aandienen (paragraaf 3). Daarna gaan wij – om het denkraam verder te verruimen – in op de mogelijke reacties op schendingen van de redelijke termijn (paragraaf 4). Weliswaar is er enige discussie mogelijk of een schending van de redelijke termijn moet worden beschouwd als een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv,⁴ voor deze beschouwing is interessant dat ook in relatie tot schendingen van de redelijke termijn discussie bestaat over alternatieve mogelijkheden om consequenties te verbinden aan het onjuiste handelen van de strafvorderlijke overheid. Tot besluit staan wij stil bij de consequenties van de geschetste alternatieven (paragraaf 5).

-
- 3 Zie (met nadere bronverwijzingen) de noten van M.J. Borgers onder HR 16 juni 2009, *NJ* 2009, 603, HR 30 maart 2010, *NJ* 2011, 603, HR 21 december 2010, *NJ* 2012, 24, HR 4 januari 2011, *NJ* 2012, 145 en HR 29 november 2011, *NJ* 2012, 146 alsmede T. Kooijmans, *Dat is mijn zaak!* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2011 (Kooijmans 2011a), p. 41-43 en 61-62; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, zevende druk, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2011, p. 724-740; T. Kooijmans, 'Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit', *DD* 2011, 78, p. 1091-1108 (Kooijmans 2011b); T. Kooijmans, 'Het weekendarrangement en het onderzoeksbelang', *AA* 2012, p. 225-229 en M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012, 25, p. 257-273.
- 4 In de rechtspraak van de Hoge Raad worden schendingen van de redelijke termijn niet, althans niet expliciet, als vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv aangemerkt. Vgl. o.a. HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376 m.nt. YB en HR 17 juni 2008, *NJ* 2008, 358 m.nt. P.A.M. Mevis. In de wetsgeschiedenis lijkt de schending van de redelijke termijn wel onder het toepassingsbereik van artikel 359a Sv te worden getrokken. Vgl. *Kamerstukken II* 1994/95, 23 705, nr. 3, p. 25.

2. Reacties binnen het strafrechtelijk systeem

2.1. De aanleiding

Onder vormverzuimen wordt blijkens de parlementaire geschiedenis van de Wet vormverzuimen⁵ verstaan het niet naleven van strafprocesrechtelijke geschreven en ongeschreven vormvoorschriften.⁶ Deze begripsomschrijving is zeer ruim en laat toe dat zowel kleine, onbewust tot stand gebrachte ongerechtigheden als omvangrijke, doelbewust gecreëerde onrechtmatigheden daaronder worden geschaard. In deze bijdrage beperken wij ons niet op voorhand tot een min of meer afgebakende categorie vormverzuimen (zoals het in strijd met artikel 9 Opiumwet doorzoeken van een woning).

Zo-even merkten wij op dat in de strafrechtspleging niet altijd even bevredigend wordt omgesprongen met vormverzuimen. Deze kritiek laat zich als volgt samenvatten.⁷ Artikel 359a Sv geeft de rechter de bevoegdheid – niet de verplichting – om aan vormverzuimen die zich hebben voorgedaan in het voorbereidend onderzoek het rechtsgevolg te verbinden van strafvermindering voor de verdachte, of bewijsuitsluiting of de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging. Daarmee heeft de strafrechter een ogenschijnlijk omvangrijk instrumentarium tot zijn beschikking om controle uit te oefenen op het optreden van politie en justitie in het voorbereidend onderzoek. Toch is die ruimte voor de strafrechter minder groot dan de commissie-Moons – die de aanzet heeft gegeven tot de invoering van artikel 359a Sv⁸ – en de wetgever indertijd vermoedelijk voor ogen hadden. De verklaring voor deze beperkte speelruimte moet niet worden gezocht in de wet, maar in de rechtspraak van de Hoge Raad waarin artikel 359a Sv tamelijk restrictief is uitgelegd. Die restrictieve uitleg heeft er toe geleid dat nogal wat vormverzuimen die zich in een strafrechtelijk onderzoek hebben voorgedaan, binnen het kader van de strafrechtelijke procedure niet van een rechtsgevolg (kunnen) worden voorzien, dan wel slechts tot het relatief lichte rechtsgevolg van strafvermindering leiden. Wellicht is dit gebrek aan een stevige rechterlijke controle op de handelingen van politie en justitie in het voorbereidend onderzoek er de oorzaak van dat de voorbije jaren in de strafrechtspraktijk in een aantal gevallen door politie en justitie

⁵ Stb. 1995, 441.

⁶ Kamerstukken II 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 25. Vgl. HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 m.nt. YB.

⁷ Zie nader de in voetnoot 3 genoemde bronnen.

⁸ G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvoordering* 1993, Arnhem: Gouda Quint 1993.

weinig professioneel is opgetreden.⁹ In elk geval gaat van de huidige rechtspraak omtrent artikel 359a Sv geen stevige prikkel uit richting politie en justitie om bij het verrichten van strafrechtelijk onderzoek scherp de grenzen van de wet in het oog te houden.¹⁰

De genoemde restrictieve uitleg kan worden begrepen vanuit het perspectief van de subjectieve rechten van de verdachte. Hoewel dat laatste enigszins paradoxaal klinkt, moet niet uit het oog worden verloren dat de functie van artikel 359a Sv in de huidige rechtspraak hoofdzakelijk lijkt te zijn beperkt tot het herstellen of het compenseren van inbreuken op de verdedigingsrechten als bedoeld in artikel 6 EVRM. In deze benadering is artikel 359a Sv primair een mechanisme om te verzekeren dat de individuele verdachte verzekerd is van een eerlijk proces in zijn zaak. Tegelijkertijd kan de rechtspraak met betrekking tot artikel 359a Sv zo worden geduid – en daarin schuilt de beperking – dat de strafrechter het niet zonder meer als zijn verantwoordelijkheid beschouwt om, via de band van beslissingen in individuele zaken, de integriteit van het overheidsoptreden in strafrechtelijke aangelegenheden in meer algemene zin te bewaken en te bevorderen. Het verbinden van rechtsgevolgen in individuele zaken levert daaraan wel een zekere bijdrage, maar van een min of meer integrale integriteitsbewaking is geen sprake.¹¹

In de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent artikel 359a Sv domineert het perspectief van de subjectieve rechten van de verdachte boven een constitutioneel perspectief waarin centraal staat dat (ook) de overheid is gebonden aan het recht. In laatstgenoemd perspectief komt veel gewicht toe aan het zogenoemde reparatieargument (in de zin van het ontnemen van het 'oordeel' van de overheid), het demonstratieargument en het effectiviteitsargument. Door juist het perspectief van de subjectieve rechten centraal

9 Vgl. het door Y. Buruma, 'Onprofessioneel politieoptreden', *DD* 2008, 8, p. 87-104 gegeven overzicht. Zie voorts o.a. HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 440, HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 441 en HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 442 m.nt. T.M. Schalken (telkens t.a.v. uitlokking door een CIE-informant), alsmede Rb. Breda 27 januari 2010, *LJN* BL0898 (knip- en plakwerk in politieverboden) en HR 12 oktober 2010, *LJN* BM4398 (politieverhoor in strijd met het pressieverbod).

10 Na het afronden van deze bijdrage deed de Hoge Raad enkele uitspraken waarin het hoogste rechtscollege de feitenrechter de ruimte biedt om binnen strikte grenzen wel zo'n prikkel te doen uitgaan: HR 11 december 2012, *LJN* BY4828 en (vooral) HR 19 februari 2013, *LJN* BY5321.

11 Wij merken op dat het strafrechtelijk systeem wel de mogelijkheid biedt om, buiten artikel 359a Sv om, een vormverzuim te redresseren via de straftoemeting door de rechter. Op zichzelf belet niets hem namelijk om een lagere straf op te leggen dan de straf die hij zou hebben opgelegd als het vormverzuim zich niet zou hebben voorgedaan. Maar het is de vraag of een dergelijke 'strafverlaging' een voldoende prikkel kan en zal zijn om integer overheidshandelen te bevorderen.

te stellen, verdwijnen het demonstratieargument en het effectiviteitsargument naar de achtergrond. Het reparatieargument speelt nog wel een duidelijke rol, zij het dat de invulling daarvan verandert, doordat niet het onrechtmatige 'voordeel' van de overheid, maar de schade aan de verdedigingsrechten centraal wordt gesteld. Voorts zou men kunnen zeggen dat in de rechtspraak van de Hoge Raad tot op zekere hoogte het perspectief van het primaat van de criminaliteitsbestrijding doorklinkt. Weliswaar wordt aan de belangen van het slachtoffer en de maatschappij bij rechtshandhaving niet zoveel gewicht toegekend dat bij wezenlijke schade aan de verdedigingsrechten geen reactie (van enigerlei betekenis) meer aan een vormverzuim kan worden verbonden. Maar tegelijkertijd is duidelijk dat alleen aan vormverzuimen die het hart van de strafrechtelijke procedure – de eerlijkheid van het proces – raken, tamelijk verstrekkende consequenties worden verbonden. Andere laakbare gedragingen van de strafvorderlijke overheid mogen de strafrechtelijke rechtshandhaving niet al te zeer hinderen.

Al met al functioneert artikel 359a Sv naar onze mening onvoldoende als een mechanisme dat waarborgt dat de strafvorderlijke overheid zich aan de regels houdt. Daar staat tegenover dat een andere, primair vanuit het constitutionele perspectief ingegeven benadering vragen oproept over de effectiviteit van de strafrechtelijke rechtshandhaving en de daarmee gemoeide belangen van het slachtoffer en de samenleving. Het lijkt onmogelijk om artikel 359a Sv telkens op een zodanige wijze toe te passen dat aan alle betrokken belangen tegelijkertijd recht wordt gedaan. Bij deze stand van zaken is het daarom aangewezen om te bezien welke andere mogelijkheden dan toepassing van artikel 359a Sv kunnen worden aangewezen om recht te doen aan de belangen die achter de drie geschetste perspectieven schuil gaan, en om zodoende een volledige en evenwichtige kwaliteitscontrole op (de rechtmatigheid van) het strafvorderlijk overheidsoptreden in het voorbereidend onderzoek gestalte te geven. Daartoe strekt het navolgende voor internstrafrechtelijke mogelijkheden.

2.2. *Strafrechtelijke alternatieven*

In een ideale strafvorderlijke wereld komen vormverzuimen niet voor. Hoewel wij niet in een ideale wereld leven, moet het overheidsstreven wel zijn dat vormverzuimen niet plaatsvinden. Dat bijvoorbeeld 1) strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij de wet in formele zin voorzien, 2) politie en justitie bij hun (strafvorderlijk) optreden zijn gebonden aan de beginselen van een goede procesorde en 3) de politie bij de opsporing opereert onder gezag en verantwoordelijkheid van de officier van justitie, vormt hier wel noodzakelijke maar – zo leert ons de praktijk – niet voldoende waarborgen

tegen het zich voordoen van vormverzuimen. Dat roept de vraag op naar de aanwezigheid van bestaande of te creëren additionele systeem inherente waarborgen die kunnen bijdragen aan de voorkoming van vormverzuimen.

Voor gecompliceerde opsporingsonderzoeken zouden dergelijke waarborgen, ter nadere uitwerking van de drie hierboven aangestipte piketpaaltjes, kunnen worden ontleend aan het Programma versterking opsporing en vervolging.¹² Dit programma, dat vooral betrekking lijkt te hebben op het tot stand brengen van waarborgen voor de betrouwbaarheid van (de resultaten van) de opsporing, bevat enkele aanknopingspunten voor een 'proactieve' (rechtmatigheids)toets van voorgenomen opsporingshandelingen. Zo zijn

"strategische keuzes en beslissingen en strafvorderlijke beslissingen het domein van het OM, de politie is primair verantwoordelijk voor de wijze van uitvoering (...). De politie is leidingnemend in het doen van tactische voorstellen, passend binnen de tevoren vastgestelde onderzoeksrichtingen. De officier van justitie toetst deze voorstellen op rechtmatigheid en op de bijdrage aan de waarheidsvinding binnen de onderzoeksrichtingen."¹³

Deze rolverdeling tussen politie en openbaar ministerie suggereert dat, althans in gecompliceerde onderzoeken, (een aantal) voorgenomen opsporingshandelingen vooraf ter toetsing door de politie aan de officier van justitie worden voorgelegd. Als het daarbij gaat om opsporingshandelingen ten aanzien waarvan de wet niet reeds voorziet in een voorafgaande toets,¹⁴ kan dat worden aangemerkt als 'winst', zij het vermoedelijk een bescheiden winst. Die winst zou wellicht iets groter kunnen worden als de zogenoemde ZSM-aanpak – die niet bedoeld is voor het type strafzaak dat in het Programma versterking opsporing en vervolging centraal staat – in ogenschouw wordt genomen. Kenmerkend voor die aanpak is dat de officier van justitie reeds op het politiebureau, dus 'vooraan in de keten', beslissingen over de zaak neemt en een sterk regisserende rol heeft. Weliswaar geldt dat de ZSM-aanpak niet specifiek in het leven is geroepen om het toezicht op de naleving van vormvoorschriften door de officier van justitie te versterken, maar die sterk regisserende rol zou hier wel een gunstig neveneffect kunnen sorteren. Dat geldt temeer omdat daardoor feitelijk een platform zou ontstaan waarop de officier van justitie ook de hem (of zijn collega in de tweede lijn) op terechtzittingen aangereikte zienswijze van de zittende magistratuur op het

12 Versterking opsporing en vervolging naar aanleiding van het evaluatierapport van de Schiedammer parkmoord (OM/Politie/NFI) 4 november 2005.

13 Versterking opsporing en vervolging, p. 14.

14 Artikel 126g Sv vereist bijvoorbeeld een bevel van de officier van justitie om tot stelselmatige observatie te kunnen overgaan.

strafvorderlijk overheidsoptreden kan inbrengen. Hoewel bescheidenheid ons hier past, hebben wij als raadsheren-plaatsvervanger de indruk dat dit laatste thans (nog) niet structureel geschiedt.

Het voorkómen van vormverzuimen kan verder worden gestimuleerd door een zichtbare, negatieve reactie op vormverzuimen die zich reeds hebben voorgedaan. Een dergelijke vorm van generale preventie zou binnen het strafrechtelijk systeem gestalte kunnen krijgen door de strafrechtelijke vervolging van opsporingsambtenaren als het door hen gepleegde vormverzuim tevens een strafbaar feit impliceert. Het moge duidelijk zijn dat slechts de ernstigste vormverzuimen op een dergelijke wijze geredresseerd (zouden moeten) worden. Een meer gangbare reactie zou kunnen bestaan uit (een samenstel van) disciplinaire maatregelen tegen de betrokken opsporingsambtenaar, schadevergoeding aan het slachtoffer van het vormverzuim – in die gevallen waarin het vormverzuim concreet heeft geleid tot (materiële of immateriële) schade – of aanpassing van de werkprotocollen.

Een richtinggevend, overkoepelend beeld levert het voorgaande evenwel niet op. Het bevreemdt dan ook niet dat in de literatuur de suggestie is gedaan om een 'vaste controlerende instantie in het leven te roepen, met een inspectieachtige taak'.¹⁵ Die suggestie spreekt ons op zichzelf aan, niet in de laatste plaats omdat daarin al een zekere institutionele afbakening besloten ligt. Die afbakening is gelegen in de omstandigheid dat uit 'een inspectieachtige taak' een rol voortvloeit die zich moeilijk aan een rechter laat toebedelen. Ook om een andere reden zou het minder wenselijk kunnen worden geacht een andere rechter dan de strafrechter zich te laten buigen over – al dan niet jegens de verdachte begane – vormverzuimen. Die reden bestaat in de onwenselijkheid van uiteenlopende rechterlijke oordelen over de vraag of zich een vormverzuim heeft voorgedaan en, zo ja, hoe (de ernst van) dat verzuim moet worden getaxeerd.

Al dan niet in combinatie met een 'vormverzuim-inspecteur' – daarover hieronder in paragraaf 3 meer – laat zich de door Kuiper voorgestelde 'databank vormverzuimen' denken. In deze databank zouden alle door de (Nederlandse) strafrechter geconstateerde vormverzuimen moeten worden opgenomen met als doel om een nader beeld van de praktijk te verkrijgen, waardoor zicht zou moeten ontstaan op veel voorkomende of structurele knelpunten. Dat maakt het mogelijk om de daartoe meest geëigende overheidsorganen – permanente – oplossingen voor (categorieën van) die knel-

¹⁵ Y.G.M. Baaijens-van Geloven, 'De rechtsgevolgen (sanctionering) van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording*, Deventer: Kluwer 2004, p. 380. Zie ook, van de hand van Groenhuijsen en Knigge, p. 153.

punten te doen exploreren. Door aldus in een databank de vormverzuimen te bundelen en daadwerkelijk gebruik te maken van de aldus vergaarde kennis ter verbetering, verdwijnt ook het 'bloedeloze' karakter van de enkele constatering van een vormverzuim, zo oordeelt deze auteur.¹⁶

Dat dit moeten worden beschouwd als een zinvol voorstel, illustreren wij aan de hand van een tweetal concrete typen vormverzuimen. Ten eerste de problematiek van het niet (tijdig) overeenkomstig artikel 126aa lid 2 Sv vernietigen van getapte 'geheimhoudersgesprekken'. Vooral door de zowel in strafzaken als daarbuiten volhardende opstelling van de advocatuur die bij herhaling heeft gewezen op deze praktijk en daarmee weerklank vond bij de (straf)rechtspraak, is er – na constructief overleg tussen het openbaar ministerie en de advocatuur – door de minister een systeem van nummerherkenning in het leven geroepen waarmee het onderhavige vormverzuim kan worden voorkomen.¹⁷ Hoewel deze problematiek goeddeels lijkt te zijn opgelost zonder dat daar een databank aan te pas hoefde te komen, zou een dergelijke databank op dit punt wel als een katalysator hebben kunnen werken, al was het maar om te laten zien hoe persistent het probleem van het tappen van geheimhoudersgesprekken toentertijd was.

Die katalysatorwerking kan nog sterker zijn bij het tweede type vormverzuim, dat zich – anders dan het zo-even genoemde niet-vernietigen van getapte 'geheimhouders-gesprekken' – kenmerkt door de omstandigheid dat aan dat vormverzuim in de strafrechtspraak geen rechtsgevolgen worden verbonden: het overtreden van het in artikel 126ff Sv geregelde doorlaatverbod. De rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt houdt in dat artikel 126ff Sv niet in het leven is geroepen in het belang van de verdachte. De verdachte kan zich daarom niet ten overstaan van de strafrechter beroepen op de niet of niet juiste naleving van het verbod op doorlaten.¹⁸ Om die reden is wel betoogd dat met deze rechtspraak van de Hoge Raad (vrijwel) een einde is gekomen aan de rechterlijke toetsing van dat verbod.¹⁹ Het gevolg daarvan is dat deze vormverzuimen die zich in een strafrechtelijk onderzoek

16 R. Kuiper, 'Strafvermindering als reactie op vormverzuimen', in: M.J.A. Duker, L.J.A. Pieters & A.J.P. Schild (red.), *WelBeraden*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 35-59, i.h.b. p. 59. Zie ook idem, *Vormfouten in de Verenigde Staten*, Research Memorandum 2010-3, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2010, p. 273.

17 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 30 517, nr. 8, alsmede *Stb.* 2011, 380

18 HR 28 mei 2002, *NJ* 2002, 601 en HR 2 juli 2002, *NJ* 2002, 602 m.nt. YB. Meer in het algemeen overweegt de Hoge Raad ook dat het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt, niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang en dus ook niet kan gelden als nadeel in de zin van artikel 359a lid 2 Sv. Zie HR 4 januari 2011, *NJ* 2012, 145 m.nt. M.J. Borgers.

19 Punt 1 van de noot van Buruma onder HR 2 juli 2002, *NJ* 2002, 602. Zie ook Y. Buruma, 'Bijzondere opsporingsmethoden: 12,5 jaar na Van Traa', *DD* 2009, 7, p. 58-78, i.h.b. p. 66-68.

hebben voorgedaan, binnen het kader van de strafrechtelijke procedure niet van een rechtsgevolg kunnen worden voorzien. Een beroep op schending van artikel 126ff Sv wordt door de feitenrechter telkens verworpen aan de hand van de evengenoemde geen-belang-maatstaf, terwijl de feitenrechter (om die reden) ook lang niet altijd onderzoek verricht – noch hoeft te verrichten²⁰ – naar de feiten en omstandigheden die aan het verweer ten grondslag worden gelegd.²¹ Deze stand van zaken nodigt op zichzelf niet uit tot het voeren van 126ff-verweren. Maar de kaarten kunnen anders komen te liggen indien (de bevindingen omtrent) dergelijke verweren zouden worden geregistreerd in de genoemde, voorgestelde databank. Als uit een door zo'n databank te verschaffen overzicht zou blijken dat meer dan incidenteel het doorlaatverbod wordt overtreden, dan zou in die vaststelling een *incentive* kunnen worden gevonden voor het openbaar ministerie om zijn verantwoordelijkheid over de opsporing op dit punt beter waar te maken, en voor de politieorganisatie om de vakopleiding te verbeteren.

3. Reacties buiten het strafrecht

Hierboven benadrukten wij de aantrekkelijkheid van een 'inspectieachtig' orgaan dat beweerde vormverzuimen kan beoordelen (ook) in gevallen waarin de strafrechter zich terughoudend opstelt. Eerder betoogde één van ons dat een dergelijke rol aan de Nationale ombudsman zou kunnen worden toebedacht.²² Dit betoog strekt tot introductie van een systeem waarin een controlerende instantie – ambtshalve, op verzoek van een gelaedeerde of eventueel op aangeven van de strafrechter – zich een beeld vormt van vormverzuimen die zich hebben voorgedaan, de onderliggende oorzaken onderzoekt en, waar nodig of wenselijk, een reactie daarop laat volgen. Zo'n systeem sluit niet uit dat ook de strafrechter de bevoegdheid heeft (en behoudt) om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen. Indien de strafrechter een rechtsgevolg verbindt aan een vormverzuim, zou de betrokkenheid van de controlerende instantie beperkt moeten blijven tot het onder-

²⁰ HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 m.nt. YB, r.o. 3.7.

²¹ Vgl. o.a. Rb. Dordrecht 29 november 2007, LJN BB9324, Rb. Rotterdam 18 december 2008, LJN BG7493, Rb. Middelburg 22 juli 2009, LJN BJ3188, Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2009, LJN BJ9372, Rb. Rotterdam 1 december 2009, LJN BK6051, Rb. Haarlem 16 maart 2010, LJN BL7581 en Rb. Haarlem 29 april 2011, LJN BQ4035. In Rb. Zutphen 7 oktober 2010, LJN BJ9577 kwam de rechtbank op andere gronden tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie en liet zij de bespreking van het beroep op (schending van) het doorlaatverbod achterwege.

²² Borgers 2012, p. 269, waaraan het navolgende mede is ontleend.

zoeken van de achtergrond van het vormverzuim, dat wil zeggen: de eventuele structurele onderliggende oorzaken, met het oog op het voorkomen van hetzelfde vormverzuim in de toekomst. Wanneer een vormverzuim niet aan een strafrechter kan worden voorgelegd of indien de strafrechter geen aanleiding ziet daaraan rechtsgevolgen toe te kennen, zou de controlerende instantie zich tevens kunnen uitspreken over een mogelijk passende reactie. Het kan dan gaan om maatregelen die strekken tot het afkeuren van het handelen van overheidsdienaren,²³ die vergoeding van schade bewerkstelligen, die gericht zijn op het herstel van de verhouding tussen burger en overheid, of die bevorderen dat interne werkprocedures worden aangepast of verbeterd.²⁴ Het ligt voor de hand, al zijn er ook andere mogelijkheden denkbaar, om de uitoefening van deze controlerende taak in handen te leggen van de Nationale ombudsman. Bij die instantie is namelijk reeds de nodige ervaring aanwezig met het beoordelen van (de behoorlijkheid van) overheids-handelen.

Een voordeel van de geschetste benadering is de flexibiliteit van het moment waarop de controlerende instantie kan worden geroepen om een oordeel te verschaffen over een beweerd vormverzuim. Wanneer het op voorhand duidelijk is dat een (beweerd) vormverzuim niet aan de strafrechter kan worden voorgelegd of aldaar niet tot het verbinden van rechtsgevolgen zal kunnen leiden, zou de controlerende instantie reeds in de fase van het voorbereidend onderzoek in actie kunnen komen. Maar ook als eerst ter terechtzitting zou blijken van een mogelijk vormverzuim, kan daarop door de verdediging worden gewezen binnen de door de Hoge Raad afgebakende kaders en dan kan vervolgens, nadat de strafrechter zijn oordeel over het vormverzuim kenbaar heeft gemaakt, de controlerende instantie worden ingeschakeld. Ook indien de strafzaak op dat moment tot een einde komt, kan het onderzoek – ten behoeve van de afwikkeling van het vormverzuim – van de controlerende instantie gewoon doorlopen.

Een vraag die rijst, is of het noodzakelijk dan wel wenselijk is dat de controlerende instantie ieder (beweerd) vormverzuim aan een nader onder-

23 Daarbij zou, in ernstige gevallen, kunnen worden gedacht aan het, al dan niet bindende, advies om een disciplinair of strafrechtelijk vervolgtraject te starten.

24 Enkele van die hier genoemde reacties worden afgewezen door M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting*, Deventer: Kluwer 2003, p. 115-122. Die afwijzing houdt eerst en vooral verband met het feit dat zij van mening is dat artikel 359a Sv vanuit een constitutioneel perspectief invulling dient te krijgen. Los daarvan geldt dat enkele van de door Embregts genoemde nadelen van de in de hoofdtekst genoemde reacties worden ondervangen op het moment dat de controlerende instantie in beeld komt. Dan behoeft bijvoorbeeld, indien die instantie oordeelt dat het toekennen van schadevergoeding een passende reactie is, de verdachte niet geheel zelfstandig over te gaan tot het claimen van de geleden schade.

zoek onderwerpt. Als uitgangspunt zouden wij willen hanteren dat er zo min mogelijk vormverzuimen aan de aandacht van de controlerende instantie ontsnappen. Dat betekent echter niet dat ten aanzien van ieder geval een *full-dressed* onderzoeksprocedure is vereist. Wanneer het gaat om vormverzuimen waaraan door de strafrechter reeds een rechtsgevolg is verbonden, of wanneer het gaat om relatief geringe vormverzuimen die voor verdachten geen wezenlijk nadeel teweegbrengen,²⁵ zou de controlerende instantie ervoor kunnen kiezen om deze groepsgewijs te onderzoeken. De 'databank vormverzuimen' zou daarbij een belangrijke rol kunnen spelen. Het ligt anders indien er sprake is van een (beweerd) vormverzuim waar nog geen passende reactie op is gevolgd. In dat geval is een afzonderlijk onderzoek gewenst. Overigens is het daarbij denkbaar dat de controlerende instantie ook de uitkomsten van een verzameling van afzonderlijke onderzoeken aangrijpt om te komen met meer algemene aanbevelingen voor bijvoorbeeld de aanpassing van werkprocedures.

Als inderdaad de rol van controlerende instantie ten aanzien van vormverzuimen aan de Nationale ombudsman zou worden toegedicht, verdient een aantal kwesties nadere aandacht. Zo rijst de vraag naar de afbakening van bevoegdheden. Anders geformuleerd, is de Nationale ombudsman gebonden aan de vaststellingen van de strafrechter? Een aanknopingspunt voor de beantwoording van deze vraag kan worden ontleend aan artikel 9:27 Awb. Uit lid 1 van dat artikel vloeit voort dat de Nationale ombudsman de behoorlijkheid van het betreffende overheidsoptreden beoordeelt. In zijn onderzoek naar de behoorlijkheid van het overheidsoptreden kan de Nationale ombudsman vragen van rechtmatigheid (naar geschreven en ongeschreven recht) en doelmatigheid betrekken.²⁶ Artikel 9:27 lid 2 Awb bepaalt dat, indien ten aanzien van de gedraging waarop het onderzoek van de ombudsman betrekking heeft door een rechterlijke instantie uitspraak is gedaan, de ombudsman de rechtsgronden in acht neemt waarop die uitspraak steunt of mede steunt. Onder 'rechterlijke instantie' moet in dit verband ook de strafrechter worden verstaan.²⁷ De gekozen formulering van het 'in acht nemen' door de Nationale ombudsman van de 'rechtsgronden' waarop de uitspraak van de rechter steunt, impliceert dat de Nationale ombudsman enerzijds de vrijheid heeft om tot een afwijkende vaststelling van de feiten te komen en anderzijds niet strikt gebonden is aan de door de rechter geformuleerde rechtsgronden. Daarbij verdient opmerking dat het door de wet-

25 Denk hierbij aan onvolledig of anderszins slordig ingevulde Awbi-machtigingsformulieren.

26 *Kamerstukken II* 1979/80, 14 178, nr. 5, p. 19 en 23-24.

27 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 747, nr. 3, p. 29-30. Vgl. *Kamerstukken II* 1976/77, 14 178, nrs. 1-3, p. 28.

gever als een bezwaar wordt gezien dat de Nationale ombudsman tot oordelen komt die afwijken van in overeenkomstige gevallen door bestuursrechters gedane uitspraken.²⁸ Omgekeerd ligt het, gelet op de eigen verantwoordelijkheid van de strafrechter voor de juiste beantwoording van de hem via artikel 348 en 350 Sv voorgelegde vraagpunten en het specifieke toetsingskader van artikel 359a Sv, niet zonder meer voor de hand dat de strafrechter bij zijn oordeel omtrent het feitelijk substraat van een '359a-verweer' is gebonden aan de vaststellingen van de Nationale ombudsman. Bij de vraag naar een aan een geconstateerd vormverzuim te verbinden rechtsgevolg kan de rechter zich wel rekenschap geven van het oordeel van de Nationale ombudsman. Als bijvoorbeeld een oordeel van de Nationale ombudsman reeds heeft geleid tot schadevergoeding, zou de strafrechter daarin aanleiding kunnen vinden om geen strafvermindering via artikel 359a Sv toe te passen.

Voorts vraagt de doorwerking van oordelen van de Nationale ombudsman de aandacht. Deze kwestie is recent uitvoerig belicht door Van der Vlucht.²⁹ Aan de hand van interviews heeft zij getracht belemmeringen in kaart te brengen voor de doorwerking van uitspraken van de Nationale ombudsman bij de politie. Hoewel deze auteur er voor waarschuwt dat de conclusies uit haar onderzoek niet generaliseerbaar zijn,³⁰ is het zinvol om deze hier kort over het voetlicht te brengen. Het bestuurlijke doorwerkingsproces is het proces dat, zodra de ombudsman zijn uitspraak bekend heeft gemaakt, er uiteindelijk toe zal leiden dat de in de uitspraak geformuleerde normen al dan niet worden overgenomen door het bestuur.³¹ In dat doorwerkingsproces onderscheidt de auteur vier fasen: de onderzoeksfase (voldoet het onderzoek van de ombudsman aan eisen van procedurele rechtvaardigheid?), de informatiefase (waarin de vraag 'hoe luidt de uitspraak' centraal staat), de transformatiefase (wat betekent de uitspraak voor het bestuursorgaan?) en de verwerkingsfase (het bestuursorgaan bepaalt wat de gevolgen van de uitspraak zijn voor de organisatie).³²

Van der Vlucht suggereert dat het in acht nemen van eisen van procedurele rechtvaardigheid in de onderzoeksfase leidt tot betere acceptatie en naleving van de uitspraak.³³ In de informatiefase bleek het voor de door Van der Vlucht geïnterviewde personen niet altijd mogelijk om een algemene regel uit de uitspraak van de Nationale ombudsman af te leiden. Waar in

28 *Kamerstukken II* 1979/80, 14 178, nr. 5, p. 25.

29 Y.M. van der Vlucht, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Lemma 2011.

30 Van der Vlucht 2011, p. 368.

31 Van der Vlucht 2011, p. 227.

32 Van der Vlucht 2011, p. 227-228 en 370.

33 Van der Vlucht 2011, p. 370-371.

de transformatiefase een vergelijking wordt gemaakt tussen de algemene regel en het beleid van de politie, past volgens de respondenten het merendeel van de oordelen bij het beleid van de politie, maar tegelijkertijd uiten respondenten van de politie de kritiek dat de ombudsman onvoldoende gevoel heeft voor de politiepraktijk. In de verwerkingsfase ten slotte, werken de oordelen over individuele klachten nauwelijks door in het beleid, wetgeving en uitvoering omdat oordelen van de ombudsman veelal worden gezien als incidenten.³⁴ Dit laatste is problematisch, vooral ook in het licht van de omstandigheid dat politieambtenaren nog wel eens een houding van 'Fijn, dan mag het dus' innemen naar aanleiding van vormverzuimen waaraan geen rechtsgevolgen worden verbonden door de strafrechter.³⁵

De controlestijl van de ombudsman is volgens Van der Vlugt meer repressief dan reflexief. Het contact tijdens het onderzoek is overwegend procedureel van aard, terwijl over de inhoud van oordelen en aanbevelingen nauwelijks wordt overlegd. Over het uiteindelijke oordeel bestaat geen contact tussen de ombudsman en de politie, ook niet als de politie het niet met het oordeel eens is. Hier keert het evengenoemde gevoel weer terug, dat de ombudsman onvoldoende *feeling* met de praktijk zou hebben. De repressieve controlestijl belemmert volgens Van der Vlugt de doorwerking in alle doorwerkingsfasen.³⁶ Wij wijzen er, ter vergelijking met een andere vorm van controle op (onder meer) overheidsoptreden, op dat de Onderzoeksraad voor veiligheid op basis van artikel 56 Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid gehouden is om het naar aanleiding van zijn onderzoek opgestelde conceptrapport aan de betrokkenen toe te zenden. De betrokkenen kunnen vervolgens gedurende een termijn van vier weken schriftelijk commentaar leveren en indien het commentaar daartoe aanleiding geeft, kan de onderzoeksraad het rapport aanpassen. Zou een dergelijke werkwijze het draagvlak binnen de politieorganisatie voor uitspraken van de ombudsman niet kunnen vergroten? Op dit vlak is dus nog winst te boeken, met name indien daarbij wordt betrokken dat de politie positief staat tegenover een meer proactief onderzoek van de ombudsman zoals onderzoek uit eigen beweging of het maken van een analyse van de aard en de inhoud van de uitspraken over de politie.³⁷

³⁴ Van der Vlugt 2011, p. 369-370.

³⁵ Kooijmans 2011b, p. 1105.

³⁶ Van der Vlugt 2011, p. 373.

³⁷ Van der Vlugt 2011, p. 374. Enkele andere aanbevelingen voor verbetering van de doorwerking worden door Van der Vlugt besproken op p. 378-380.

4. Overschrijding van de redelijke termijn

De vraag of de strafrechter de enige instantie zou moeten zijn die op onjuist strafvorderlijk overheidshandelen kan reageren en ook de vraag of die reactie ook altijd inpasbaar moet zijn in het gebruikelijke strafrechtelijke sanctiearsenaal zoals dat ook in artikel 359a lid 1 Sv is neergelegd, kunnen nog langs een andere weg worden besproken. Daartoe willen wij de aandacht vestigen op een prikkelende conclusie van advocaat-generaal Vellinga over de afdoening van overschrijdingen van de redelijke termijn,³⁸ die in de literatuur overigens nauwelijks aandacht heeft gekregen.³⁹

In de conclusie van Vellinga staat de vraag centraal in hoeverre strafvermindering – en dan meer specifiek de mate van strafvermindering zoals door de Hoge Raad in enkele overzichtsarresten uitgewerkt in de vorm van 'uitgangspunten en regels'⁴⁰ – een gewenste en adequate reactie is op overschrijding van de redelijke termijn. Het betoog van Vellinga verloopt daarbij langs twee lijnen.

Allereerst plaatst Vellinga vraagtekens bij de tariefmatige strafvermindering in gevallen waarin tijdens de cassatieprocedure de inzendtermijn wordt overschreden. Teneinde die strafvermindering in perspectief te plaatsen maakt hij een berekening van de waarde die aan de voorgeschreven strafvermindering zou kunnen worden gegeven. Uitgaande van de helft van de standaardbedragen voor onterecht ondergane voorlopige hechtenis, komt bijvoorbeeld de waarde van een maand strafvermindering uit op een bedrag van € 1.200. Vellinga vergelijkt dan de waarde van de in de praktijk soms toegepaste strafverminderingen van meerdere maanden met bedragen die in het civiele recht worden toegekend aan immateriële schadevergoeding bij lichamelijk letsel. Op grond van die vergelijking merkt Vellinga de compensatie die thans aan overschrijding van de redelijke termijn wordt verbonden, aan als bovenmatig. In aanvulling hierop wijst Vellinga op andere bezwaren van het door de Hoge Raad uitgewerkte systeem. Die bezwaren houden onder andere verband met de innerlijke consistentie van dat systeem. Ook werpt Vellinga de vraag op of de compensatie die door middel van het huidige systeem van strafvermindering wordt gegeven, wel de juiste prikkel vormt. Zeker wanneer het gaat om overschrijdingen van de inzendtermijn, zou het wellicht beter zijn om een prikkel tot tijdige inzending te verwerken in de financieringsstructuur voor de gerechten.

38 Conclusie voor HR 19 april 2011, *LJN* BP5361.

39 Ook publicatie van het arrest dat op deze conclusie is gevolgd, in de *Nederlandse Jurisprudentie* is achterwege gebleven.

40 Zie in het bijzonder HR 17 juni 2008, *NJ* 2008, 358 m.nt. P.A.M. Mevis.

Tegen deze achtergrond gaat Vellinga in – en dat is de tweede lijn van zijn betoog – op de vraag of compensatie van overschrijding van de redelijke termijn door strafvermindering wel het meest aangewezen rechtsgevolg is. Daartoe is allereerst relevant dat strafvermindering pas als compensatie kan fungeren indien er een sanctie wordt opgelegd die zich ook laat verminderen. Dat is niet bij alle sancties het geval (denk aan levenslange gevangenisstraf of een TBS-maatregel), terwijl ook een verdachte die wordt vrijgesproken, niet op een dergelijke wijze kan worden gecompenseerd. Voorts wijst Vellinga op de onevenwichtigheid die ontstaat doordat strafvermindering – buiten de zojuist genoemde uitzonderingsgevallen – wél tegemoet komt aan het nadeel dat de verdachte heeft ondervonden ten gevolge van het lang moeten wachten op de uitkomst van de strafzaak, maar zonder dat tegelijkertijd het vergelijkbare nadeel dat het slachtoffer ondervindt, wordt gecompenseerd. Vellinga betoogt dat zulks zich niet goed laat verenigen met de mate waarin de overheid zich op basis van het EVRM en het Europese (straf)recht moet inspannen om de rechten van het slachtoffer te waarborgen.⁴¹ Hij vervolgt dan:

“Een belangrijke oorzaak van de hiervoor genoemde bezwaren ligt in de omstandigheid dat de Hoge Raad destijds (...) van oordeel was dat het aan de strafrechter was te voorzien in compensatie van overschrijding van de redelijke termijn. Vanzelfsprekend was en is dat niet. De staat dient te zorgen voor compensatie van overschrijding van de redelijke termijn, dus dat kan ook in andere vorm dan door de strafrechter te bepalen strafvermindering dan wel – zoals de Hoge Raad oorspronkelijk ook wel oordeelde – niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging. Te denken valt aan strafvermindering bij wege van gratie dan wel compensatie in de vorm van toekenning van een bedrag aan geld, zij het dat er dan wel een procedure dient te worden geschapen om in het vlot toekennen van deze compensatie te voorzien.”⁴²

⁴¹ Vgl. o.a. EHRM 17 januari 2002, appl.nr. 32967/96 (*Calvelli and Ciglio v. Italy*), § 62. Zie ook artikel 9 lid 1 van het Kaderbesluit van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure (*PbEG* 2001, L 82/1): ‘Elke lidstaat waarborgt het slachtoffer van een strafbaar feit het recht om in het kader van de strafprocedure binnen een redelijke termijn een beslissing te verkrijgen met betrekking tot de schadeloosstelling door de dader, tenzij de nationale wet in bepaalde gevallen bepaalt dat de schadeloosstelling in een ander kader geschiedt.’ Een vergelijkbare voorziening is opgenomen in artikel 16 lid 1 van de Richtlijn tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van misdrijven, (*PbEU* 2012, L 315/57).

⁴² Onderdeel 37 van de conclusie (met weglating van de daarin opgenomen voetnoten). De mogelijkheid van het toekennen van schadevergoeding wordt ook voorgestaan door G.P. Hamer & T. de Bont, ‘Sanctionering van overschrijding van de redelijke termijn en vormverzuimen bij de vrijheidsbenemende maatregelen’, *DD* 2005, p. 1107-1110 en T. de Bont, ‘De onredelijkheid van de redelijke termijn’, *NJB* 2009, p. 802-803.

Vellinga wijst er daarbij op dat er een voorontwerp beschikbaar is waarin voor het bestuursrecht wordt voorzien in een schadevergoedingsregeling bij overschrijdingen van de redelijke termijn.⁴³ Wanneer iets dergelijks ook zou worden geregeld voor het strafrecht, zou langs die weg compensatie in geldelijke vorm kunnen plaatsvinden, waarbij die compensatie kan worden toegekend aan zowel de gewezen verdachte of de veroordeelde als het slachtoffer. Vellinga geeft de Hoge Raad in overweging om te kennen te geven 'dat compensatie van overschrijding van de redelijke termijn door het toekennen van een bedrag in geld de voorkeur verdient boven compensatie in de vorm van strafvermindering', overigens in combinatie met het voorstel om de bestaande systematiek van strafvermindering aan te passen in die zin dat de gebruikelijke mate van strafvermindering naar beneden wordt bijgesteld.⁴⁴ De Hoge Raad pakt deze handschoen echter niet op en overweegt:

"Een redelijke en met de eisen van rechtszekerheid en praktische hanteerbaarheid strokende toepassing van het in art. 6, eerste lid, EVRM vervatte voorschrift inzake de behandeling van een strafzaak binnen een redelijke termijn brengt mee dat die vuistregels, die het resultaat zijn van een langer durende rechtsontwikkeling, in beginsel een zekere duurzaamheid moeten hebben. Daarbij komt dat het vraagstuk inzake de toekenning van een schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn de aandacht heeft van de wetgever."

In de strekking van deze overweging kunnen wij ons op zich vinden. Een zo fundamentele wijziging als door Vellinga bepleit, dient door de wetgever en niet door de rechter te worden doorgevoerd. Men kan erover twisten of de Hoge Raad – zoals door Vellinga voorgesteld – met deze overweging laat doorklinken niet onwelwillend te staan tegenover de invoering van een schadevergoedingsregeling. Opmerkelijk is in elk geval dat de Hoge Raad de suggestie wekt dat de aandacht van de wetgever ook reeds is gericht op de mogelijkheid van toekenning van schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn in *strafzaken*. Dat is opmerkelijk omdat – voor zover ons bekend is – de aandacht van de wetgever zich beperkt tot overschrijding

43 Dit voorontwerp is gepubliceerd in 2010, maar heeft vooralsnog niet tot een definitief wetsvoorstel geleid. Zie over het voorontwerp o.a. J.C.A. de Poorter & A. Pahladsingh, 'Rechtsvorming rond de redelijke termijn', *JB Plus* 2010, p. 93-99. In de huidige bestuursrechtelijke praktijk worden reeds (schade)vergoedingen toegekend wegens overschrijdingen van de redelijke termijn. Dat ligt anders in boetezaken, waarin – in lijn met de strafrechtelijke jurisprudentie – wordt gewerkt met procentuele matiging van boetebedragen. Zie hierover bijvoorbeeld T. Barkhuysen & B.J. van Ettehoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009, p. 129-141.

44 Onderdeel 42 van de conclusie.

in bestuursrechtelijke zaken.⁴⁵ Wellicht zou de geciteerde overweging als een subtiele hint in de richting van de wetgever mogen worden opgevat om ook aandacht te schenken aan strafzaken.

Wat er verder ook zij van het oordeel van de Hoge Raad, het voorstel van Vellinga om compensatie bij overschrijding van de redelijke termijn niet alleen in de strafprocedure, maar ook daarbuiten mogelijk te maken, verdient naar onze mening serieuze overweging. Het bieden van compensatie binnen het bestek van de strafzaak roept niet alleen lastige vragen op omtrent de maatstaven voor een billijke compensatie door middel van strafvermindering. Ook is het niet mogelijk om in alle gevallen waarin compensatie op zichzelf wel is geboden, te verschaffen aan de personen die daarop aanspraak maken.

Bij deze stand van zaken zou als vertrekpunt niet een specifiek afdoeningskader of afdoeningsmechanisme moeten worden genomen, maar zouden veeleer twee algemene uitgangspunten moeten worden gehanteerd, namelijk: *a.* overschrijdingen van de redelijke termijn dienen zoveel mogelijk te worden voorkomen en *b.* waar die overschrijdingen toch plaatsvinden, dient compensatie te worden verschaft aan al diegenen die daardoor nadeel hebben geleden.⁴⁶ Gezocht kan dan worden naar een systeem waarin enerzijds de overheid wordt geprikkeld – dat hoeft niet per se door een wettelijke prikkel te geschieden⁴⁷ – om afdoening van strafzaken binnen een redelijke termijn te realiseren en anderzijds op eenvoudige wijze, maar ook op een voor alle benadeelden (min of meer) gelijke wijze compensatie kan worden verleend. Een systeem waarin overschrijdingen (hoofdzakelijk) worden afgewikkeld langs de weg van strafvermindering ligt dan – om eerder genoemde redenen – niet als eerste keuze voor de hand.⁴⁸ Daarmee is niet gezegd dat

⁴⁵ Mogelijk heeft de Hoge Raad het oog op het voorontwerp schadecompensatie strafvorderlijk optreden (2007). Dat voorontwerp lijkt echter niet te zien op overschrijdingen van de redelijke termijn. Zie nader De Bont 2009.

⁴⁶ Deze uitgangspunten sluiten aan bij de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot de redelijke termijn. Zie over deze rechtspraak o.a. A.M.L. Jansen & D.M.W. Wenders, 'Een kroniek van de redelijke termijn', *NJCM Bulletin* 2006, p. 1107-1114, Barkhuysen & Van Etteken 2009, p. 129 en onderdelen 9.1-9.9 van de conclusie van advocaat-generaal Wattel voor HR 10 juni 2011, *LJN* BO5046.

⁴⁷ In de rechtspraak worden ook thans reeds afspraken gemaakt die ertoe dienen om sneller te komen tot een uitspraak van de feitenrechter. Wij wijzen ter illustratie op het in Den Haag door het openbaar ministerie, de rechtbank en het gerechtshof ontwikkelde project *Fast lane* (zie nader <www.rechtspraak.nl>). Vgl. voortz J.W. Fokkens & M. Otte, *De duur van het Nederlandse strafproces* (preadvis NUVS), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

⁴⁸ Een vermindering van het bedrag van een opgelegde boete of ontnemingsmaatregel, overeenkomstig de maatstaven die de Hoge Raad daarvoor verschaft, zou reeds als een indirecte wijze van schadevergoeding kunnen worden gezien. Toch geldt ook dan dat de weg van matiging van de hoogte van de geldelijke sanctie niet de eerste keuze behoeft te zijn. Aan de huidige benadering kleef als nadeel dat de hoogte van de compensatie

strafvermindering als compensatiemogelijkheid volledig moet worden afge-
wezen, maar in ieder geval zou strafvermindering niet als enige compensatie-
mogelijkheid moeten worden gezien en zou de optie van strafvermindering
beter onderdeel kunnen uitmaken van een breder opgezet stelsel voor het
verschaffen van compensatie voor termijnoverschrijdingen.⁴⁹

De vraag hoe het zojuist besproken stelsel nader vorm zou kunnen
krijgen, laten wij hier rusten. Het gaat ons voor dit moment om de vaststel-
ling dat in geval van onjuist strafrechtelijk overheidsoptreden, waaronder
het niet binnen een redelijke termijn afwikkelen van strafzaken, aan alle in
het geding zijnde belangen veelal beter tegemoet kan worden gekomen
wanneer (ook) buiten het verband van de strafzaak op dat optreden kan
worden gereageerd.

5. Consequenties van de alternatieven

Keren wij nu weer terug naar de afdoening van vormverzuimen op de voet
van artikel 359a Sv, dan kan samenvattend het volgende worden vastgesteld.
Gegeven de wijze waarop aan artikel 359a Sv in de hedendaagse rechtspraak
toepassing wordt gegeven, is dit voorschrift vooral toegesneden op het
waarborgen en realiseren van een eerlijk proces. Voor zover het gaat om
de bescherming van de verdedigingsrechten, kan de strafrechtelijke reactie
op vormverzuimen adequaat worden genoemd. Wanneer het echter gaat
om het beoordelen en – zo daartoe aanleiding bestaat – het afkeuren van
laakbaar overheidsoptreden, is van een adequate reactie eigenlijk niet of
slechts in beperkte mate sprake. In zoverre is artikel 359a Sv geen volwaardige
waarborg voor een integer strafproces. Men kan erover twisten of het
waarborgen en realiseren van een integer strafproces zou kunnen worden
bereikt met uitsluitend een andere, meer ruimhartige toepassing van artikel
359a Sv. In elk geval geldt dat daaraan een prijs is verbonden, in die zin

afhankelijk is van de hoogte van de geldboete of de ontnemingsmaatregel, terwijl het bedrag
van die sanctie niet zonder meer indicatief is voor het ten gevolge van de termijnoverschrij-
ding geleden nadeel. De onzekerheid die teweeg wordt gebracht in een zaak waarin een
ontnemingsbedrag van €25.000 aan de orde is, zal niet de helft zijn van de onzekerheid
in de zaak waarin het ontnemingsbedrag €50.000 is.

49 Zo ook onderdeel 42 van de conclusie van advocaat-generaal Vellinga: 'Zo al zou worden
vastgehouden aan compensatie in de vorm van strafvermindering, zou in elk geval tot
uitdrukking kunnen worden gebracht dat gelet op de beperkingen die aan die wijze van
compensatie kleven – niet iedere straf leent zich er voor, het slachtoffer lijdt wel maar krijgt
geen compensatie – de mogelijkheid van compensatie in de vorm van het toekennen van
een geldbedrag voor een goede en evenwichtige rechtspleging onmisbaar is.'

dat met een steviger afdoening van vormverzuimen door de strafrechter andere belangen weer in het gedrang kunnen komen. Wil men aan het daaruit voortvloeiende dilemma – kort gezegd: rechtsbescherming van de verdachte versus effectieve bestrijding van criminaliteit – ontkomen, dan dient te worden gekozen voor het realiseren van integrale kwaliteitscontrole. Dat brengt met zich dat de blik niet uitsluitend op artikel 359a Sv moet zijn gericht. Het tot stand brengen van een databank vormverzuimen en het in het leven roepen van een controlerende instantie zijn dan belangrijke aanvullende instrumenten.

Wat zijn nu de consequenties van de hier voorgestane wijze van het realiseren van integrale kwaliteitscontrole? Het gevolg is wat ons betreft niet dat de strafrechter geen aandacht meer zou behoeven te besteden aan vormverzuimen.⁵⁰ Die aandacht kan echter worden beperkt tot die vormverzuimen die rechtstreeks van invloed zijn op de eerlijkheid van het strafproces en die dus verband houden met de verdedigingsrechten van artikel 6 EVRM. Andere (beweerde) vormverzuimen zouden geen aandacht behoeven van de strafrechter, *mits* het is gewaarborgd dat die vormverzuimen wel anderszins voorwerp van onderzoek (kunnen) vormen en – waar nodig – ook tot een reactie zullen leiden. Een restrictieve toepassing van artikel 359a Sv is eerst en vooral verdedigbaar indien de bewaking van de integriteit van de opsporing anderszins in goede handen is. Indien dat niet het geval is, zou de strafrechter juist kunnen en moeten kiezen voor een meer ruimhartige toepassing van artikel 359a Sv.⁵¹

Een versterking van de controle op de integriteit van het strafvorderlijke overheidsoptreden zou als mogelijk en wenselijk gevolg kunnen hebben dat politie en justitie het interne toezicht intensiveren. Wanneer men zelf reeds onderzoek doet naar (incidentele of structureel voorkomende) vormverzuimen en naar aanleiding daarvan maatregelen treft – zowel met het oog op compensatie als ter voorkoming van vergelijkbare verzuimen in de toekomst – zal de strafrechter niet snel aanleiding hebben om tot méér over te gaan dan de enkele constatering van het vormverzuim – behoudens in de hierboven genoemde situatie dat verdedigingsrechten onherstelbaar zijn

⁵⁰ De hier gebezigde formulering doet wellicht denken aan Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (oratie Nijmegen), Deventer: Gouda Quint 1996. Hoewel er parallellen zijn tussen het betoog van Buruma over de aandacht van de strafrechter voor de controle van het optreden van politie en justitie (op p. 42-47) en onze uiteenzetting, kiezen wij hier toch een andere invalshoek. Waar het Buruma er vooral om te doen is dat het gedrag en de persoon van de verdachte centraal blijven staan ter terechtzitting, staat bij ons de vraag voorop hoe de integriteit van het strafvorderlijk overheidsoptreden effectief kan worden bewaakt.

⁵¹ Zie daarover nader Kooijmans 2011b, p. 1107-1108 en Borgers 2012, p. 270-272.

geschaad – terwijl dan ook het optreden van de controlerende instantie beperkt kan blijven.

Bezien vanuit het gezichtspunt van de verdachte is het wellicht niet evident dat de hier voorgestane benadering tot winst leidt. In onze benadering leiden vormverzuimen niet tot zo maar een 'voordeeltje' voor de verdachte. Maar daar is artikel 359a Sv ook niet voor in het leven geroepen en bovendien is de praktijk thans reeds zo dat van 'voordeeltjes' bepaald niet snel sprake is. Wat de verdachte wel kan – en ook moet – worden geboden, is dat er serieus aandacht wordt geschonken aan (vermeende) fouten die politie en justitie jegens hem hebben begaan en dat, indien er daadwerkelijk nadeel is ondervonden door de verdachte, wordt bewerkstelligd dat er een bij dat concrete nadeel passende compensatie wordt geboden. Wij hopen (en vermoeden) dat Theo de Roos, in al zijn juridische hoedanigheden, met die bejegeningswijze zal kunnen instemmen.